Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

ber verpachte [19]). Der Zusatz: et hujusmodi contractus neque verba neque scripturam utique desiderant, sed nudo consensu convalescunt, beweißt, daß schriftlicher Aufsatz auf die Dauer stiller Wiederpachtung oder Wiedermiethung so wenig Einfluß hat, als solcher zu der Pachtung oder zu der Miethung erfordert wird. Insbesondere wird dadurch die angenommene Verschlingung in der zu Ende L. 13. §. 11. Dig. loc. cond. angehängten Ausnahme gerechtfertiget, so wie überhaupt die gegebene Erklärung beider Gesetze, L. 13. §. 11. et L. 14. Dig. loc. cond., den Grundsätzen des Rechts zuzusagen scheint.

IV.

Die Partei, auf deren, in dem gerichtlichen Gewahrsam befindlichen, Schrift das Präsentatum mangelt, ist, der Regel nach, zu einem weitern Beweis der zeitigen Ueberreichung nicht anzustrengen.

Von Gensler.

In den teutschen Gerichten findet man eine der Gerichtspersonen verpflichtet, sey es der Dirigent, Actuar, oder eine Hülfsperson, auf jeden einlaufenden schriftlichen Vortrag sofort [1]) die Zeit der Uebergabe an das Gericht zu bemerken — Jahr, Monat und Tag — ja bei den vom Moment zu dem Moment zu berechnenden Nothfristen selbst die Stunde. Jene Bemerkung führt bekanntlich den Namen: das Präsentatum. Diese gerichtliche Beglaubigung der Ueberreichungszeit wird, wie die Erfahrung lehrt, bisweilen vergessen, und es tritt dann der Gegner, welcher aus dem Versäumniß einen Vortheil ziehen,

---

19) Qui ad certum tempus conducit, finito quoque tempore colonus est; intelligitur enim dominus, cum patitur colonum in fundo esse, ex integro locare.

1) Ohne erst zu prüfen, ob die Schrift zulässig sey, oder nicht. Gönner in dem Handbuch Abh. 9. §. 7.

wohl im Gefolge deſſelben Sieger werden kann [2]), mit der exceptio desertionis hervor. Behauptet nun, wie gewöhnlich, der Exhibent: „er habe jene, in dem Gericht befindliche, Schrift zur gehörigen Zeit, d. h. vor Ablauf der Friſt, dem Gericht übergeben," ſo entſtehet die Frage: „muß er dieſe ſeine Behauptung noch beſonders beweiſen, oder befreit ihn von dieſer Laſt die Nachläſſigkeit der zur Beglaubigung der Uebereichung amtspflichtigen Gerichtsperſon?" Gönner [3]) nimmt das letzte an, nachdem man früherhin [4]) gewöhnlich den Unterſchied aufſtellte: im Falle a) das Präſentatum gänzlich fehle, ſo müſſe der Exhibent obige Beweislaſt übernehmen; ſey aber b) Jahr, Monat und Tag bemerkt und nur die auch zu bemerken nöthig geweſene Stunde u. ſ. w. hinweggelaſſen, ſo ſey für das zeitige Uebergeben des Vortrags zu vermuthen. Dagegen bemerkt Klüpfel, in deſſen Abhandlungen nr. XII., „ſchon dieſer letzte unter b) erwähnte Satz ſey eine durch Geſetze oder Rechtsprincipien nicht zu rechtfertigende Abweichung von der durchgreifenden Regel: wer ein factum für ſich anziehe, müſſe deſſelben Geſchehenſeyn nach allen weſentlichen Beziehungen erweiſen, folglich auch die Zeit, war dieſe weſentlich; und noch weniger haltbar ſey daher Gönner's Lehre. Denn die Nachläſſigkeit der Gerichtsperſon begründe keine, dem Gegner nachtheilige, Rechtsvermuthung dafür, daß der zum Vortrag binnen einer beſtimmten Zeit auch pflichtige Kläger, Beklagte u. ſ. w. ſeiner Seits die ihm obliegende poſitive Handlung vollzogen habe, und es möge ſich daher der Exhibent jenen Beweis auf eine andere Weiſe ſichern, z. B. durch einen Empfangſchein u. dgl."

Auch Gönner bemerkt voran, daß, wenn man von dem allgemeinen Grundſatz ausgehen müſſe, „jeder Theil iſt pflichtig, ſeine Behauptungen zu beweiſen," der Exhibent allerdings in beiden Fällen, unter a. u. b., mit dem Beweis zu beladen ſey. Allein er verneint die Anwendbarkeit jener Regel auf das vorausgeſetzte proceſſualiſche Verhältniß; und inſoferne muß man ihm beipflichten, wenn auch ſeine Stütze

---

2) z. B. auf der Beweisantretungsſchrift, oder auf der ſchriftlichen Einwendung, Fortſetzung u. ſ. w. eines Rechtsmittels u. dgl. fehlt das Präſentatum.

3) a. a. O. §. 8.

4) M. ſ. Danz in den Grundſ. des ordentl. Proc. §. 89. Lit. not. b.), ſo wie die von Klüpfel, über einzelne Theile des bürgerl. Rechts, Stuttgardt 1817. Abh. XII. §. 2. not. 3. angezogenen ältern Schriftſteller.

auf eine, aus der Negligenz des Gerichts abgeleitete, Rechtsvermuthung zerbrechlich seyn mag, und man insoferne die von Klüpfeln vorgebrachten Gründe als an sich richtig stehen läßt.

Es giebt nämlich noch eine andere Seite, von welcher aus, ohne besondere Rücksicht auf die Negligenz einer Gerichtsperson, behauptet werden darf, die Gesetze können in dem Gebiet der processualischen Versäumnisse die Strenge obiger allgemeinen Beweisregel nicht durchführen, ohne die gerichtliche Rechtsverfolgung, zum Nachtheil des Gemeinwohls, und zur Kränkung schuldloser Parteien, sehr zu erschweren. Und wenn sie nun von dem vorliegenden Fall gänzlich schweigen, so ist es einer doctrinellen Praxis nicht zu verargen, wenn solche neben dem Begriff des Ungehorsams die gesetzliche Gunst der Rechtsverfolgung berücksichtiget und dem Geist der Gesetze angemessen findet, im Zweifel die Materie der Form nicht zu opfern [5]). Die zu der Beförderung der Proceßentwickelung angeordneten Fristen sind keine absoluten, sondern nur positive Wesentlichkeiten [6]), und sind, insoferne sie die Rechtsverfolgung beengen und abschneiden, im Zweifel als nicht vorhanden, folglich auch im Zweifel als nicht versäumt anzusehen [7]). Dieses entspricht nicht nur dem allgemeinen Princip, daß der Vortrag jeder Partei soweit möglich aufrecht erhalten, und zu ihren Gunsten erklärt werden muß [8]), sondern gehet selbst aus dem Begriff der Contumacia hervor. Solche ist doch wenigstens mit einer bewiesenen culpa bedingt, und man darf behaupten, in den Fällen, wo der Angeschuldigte, im Gefolge seines Ungehorsams, seine Rechtsverfolgung oder Vertheidigung, ganz oder zum Theil, verlieren, hierdurch aber sein Gegner einen, zum Schadensersatz nicht gehörigen, Vortheil d. h. Genuß einer Privatstrafe [9]), gewinnen soll, wohl mit dem dolus,

---

5) Etsi nihil facile mutandum est ex solennibus, tamen ubi aequitas evidens poscit subveniendum est. L. 183. D. 50. 17. L. 7. D. 4. 1.

6) Mein Handb. zu Martin's Lehrb. des teutschen gem. Proc. Thl. I. Abh. III. §. e. S. 54. f.

7) Odia restringi et favores convenit ampliari. Reg. 15. in 6to 5. 12.

8) L. 66. D. 5. 1. L. 96. et 172. §. 1. D. 50. 17.

9) Die Streitfrage hierüber ist bekannt. Martin in dem Lehrb. des gem. teutschen bürgerl. Proc. §. 117. Stephens, in diss. de contumaciae indole rel. Heidelberg 1817. In Hinsicht auf Grolman's Bemerkung, in der Theorie des gerichtlichen

oder einer diesem gleich zu achtenden culpa lata [10]). Wenn nun auch nicht jede fatua causa von dem dolus oder der culpa zu entschuldigen vermag [11]), wenn auch die Gesetze ausdrücklich sagen: non potest dolo carere, qui imperio magistratus non paruit [12]), so setzen sie dabei doch voraus, daß die äußern factischen Merkmale des dolus oder der culpa als gewiß vorliegen, und schließen selbst in diesem Falle nicht aus, die dorther entspringende Vermuthung des Daseyns einer Schuld durch die Wahrheit solcher factischen Prämissen zu entkräften, welche einen Vernunftschluß auf das Abseyn der Schuld begründen [13]). Noch mehr muß also dieses in dem vorausgesetzten Fall zur Anwendung und der durch die Ungehorsamsbeschuldigung angegriffenen [14]) Partei zu Gute kommen, wo die Thatsache, „die Frist sey vor Einreichung der Frist abgelaufen," als ungewiß vorliegt und einer noch nicht vollbegründeter Vermuthung des Versäumnisses das Befinden der Schrift in dem Gewahrsam des Gerichts gegen über dem Angeschuldigten zur Seite tritt. Damit vereinige man, daß den Parteien, von Einzelnheiten abgesehen [15]), keinesweges zur Pflicht gemacht ist, sich Empfangscheine von dem Gericht ausstellen zu lassen [16]), daß auch eine

---

Verfahrens §. 130. not. 2. sey nur erwähnt, daß zwar keinesweges die litis cont. negativa, wohl aber der damit verbundene wichtige Verlust aller peremptorischen Einreden, die Strafe sey.

10) L. 7. pr. D. 7. 1. L. 2. et §. 8. in f. D. 2. 11. L. 53. §. 1. D. 42. 1. Cap. 1. in f. in 6to. 2. 15.

11) Gewöhnlich ist man hierunter in Bezug auf processualische Versäumnisse allzu mitleidig. M. s. Pufendorf, in obs. jur. un. T. I. obs. 31.

12) L. 199. D. 50. 17.

13) Selbst bei den eigentlichen Verbrechen gesetzlich. C. C. C. art. 143. Feuerbach, in dem Lehrb. des peinl. R. §. 571.

14) Man kann also auch hier sagen: im Zweifel ist für den reus und den zu erkennen, welcher einen Einbuß erleiden soll. L. 125. et 33. D. 50. 17.

15) z. B. bei der Appellation das Zeugniß deren Einwendung — die Apostel. Martin a. a. O. §. 276.

16) Der von Klüpfel hierzu angezogene Bischoff, in dem Lehrb. des d. Canzleistyls u. s. w. Thl. I. §. 433., spricht nur von außergerichtlichen Insinuationen. Ein Verhältniß, welches gar nicht hieher gehört und nicht die entfernteste Analogie zu begründen vermag! Wollte man der Partei gebieten, sie solle

ſolche Verordnung die gröſsten Beſchwerlichkeiten für das Gericht und die Parteien, und noch weit mehr Zweifel und Zwiſchenſtreitigkeiten herbeiführen würde, als das Ungewiſſe, welches die nur in einzelnen Fällen ſich zeigende Vernachläſſigung des dem Gericht als Amtspflicht aufgegebenen Präſentatum veranlaſſen kann. Durch deſſen Gebot, durch das Ernennen eines öffentlichen Zeugens, enthebt das Geſetz von ſelbſt die Partei eines andern Beweiſes ihrer legalen Thätigkeit; und wenn nun das Gericht jene geſetzliche Fürſorge nicht beachtet, ſo kann man von der auf jene Weiſe ſicher gemachten Partei wenigſtens einen ſtrengen Beweis ihrer Friſtbeobachtung nicht fordern, ſondern man muſs ſich mit der menſchlichen Wahrſcheinlichkeit begnügen, es könne die Schrift zu der gehörigen Zeit dem Gericht übergeben worden ſeyn. Befindet ſich nun die Schrift in dem Gewahrſam des Gerichts, hat dieſes wohl auf ſelbige verfügt, ohne eines Verſäumniſſes zu gedenken, ſo iſt jene Wahrſcheinlichkeit ſtark genug und zur Beſeitigung eines ungewiſſen Formfehlers hinreichend begründet. Sie ſteigt aber noch höher in dem Fall, wenn Jahr, Monat und Tag, der Einreichung wirklich beurkundet iſt, wann jener Tag noch in den Friſtenlauf fällt, und nur die Stunde u. dgl. unbemerkt bliebe. Vorauszuſetzen iſt jedoch, daſs die Schrift ſelbſt kein jener Wahrſcheinlichkeit entgegentretendes und ſie auflöſendes Merkmal an ſich trage, z. B. das Verſäumniſs nicht ſchon aus dem Datum hervorleuchte, welche von Seiten der Partei oder ihres Sachwalts ſelbſt als Verfertigungszeit angegeben worden iſt.

Dort führt alſo die Partei wirklich einen künſtlichen Beweis [17]), und das ſtrengſte, was eine, das gerichtliche Präſentatum zu obigem Zweck beibehaltende, neue Geſetzgebung zur möglichſten Verhinderung der Argliſt beifügen könnte, wäre, wie auch in der Praxis nicht unerhört iſt, die Verpflichtung der des Ungehorſams bezüchtigten Partei, die zeitig geſchehene

---

nicht von der Stelle gehen, bis eine Gerichtsperſon das Präſentatum aufgeſchrieben habe, ſo würde ſchon dieſes die gröſsten Verlegenheiten herbeiziehen.

17) Auch die einfache Vermuthung, die ſogenannte praes. hominis, giebt einen Beweisgrund; Obgleich nun dieſer ſeiten einer vollen richterlichen Ueberzeugung zur Baſis dienen kann, der Regel nach nicht einmal von der Beweislaſt befreiet, (Arch. Heft I. Abh. III. §. 5. nr. 2.), ſo iſt doch zu bedenken, daſs bei der ſummariſchen Beſcheinigung bloſer Incident-Nebenpunkte der Richter ſich oft mit einer juriſtiſchen Wahrſcheinlichkeit begnügen muſs. Martin, a. a. O. §. 228.

Ueberreichung eidlich zu erhärten [18]), wenigstens mittelst Angelöbniß an Gerichtshand zu betheuern [19]). Einer Restitution kann es erst dann bedürfen, wann das Versäumniß actengewiß vorliegt. Ob aber jene sich begründen lasse, hängt von ganz andern thatsächlichen Verhältnissen ab, und hat gar keinen Zusammenhang mit dem oben vorausgesetzten Zustand einer gänzlichen Ungewißheit des Ungehorsams und des Versäumnisses. Allenfalls in den Fällen, wo der Richter voraussiehet, die contumacirte Partei müßte selbst dann, wäre ein Versäumniß vorhanden, in den vorigen Rechtsstand wieder eingesetzt werden [20]), kann es rechtlich und räthlich seyn, auf diese Perspective gestützt, und die Restitution gleichsam als Entschädigungsgrund aussprechend, dem Incident-Streitpunkt ein Ende zu machen; so wie es jeder mit einer Ungehorsamsbeschuldigung angegriffenen Partei unbenommen bleiben muß [21]), direct oder eventuell auf Restitution anzutragen, vermag sie auch dieses Gesuch gehörig zu begründen.

---

18) Ein ähnliches jur. assertorium, welches zugleich einen Gefährdeeid in sich enthält, findet man als Bedingung des Gebrauchs vorgeblich neu aufgefundener Einreden, u. dgl., um den Anschein eines Versäumnisses zu beseitigen. A. Absch. v. J. 1654. §. 78. a. E.

19) Man könnte hier mit L. 2. §. 8. in pr. D. 2. 11. sagen: ex aequo et bono exceptio ei accommodanda est. Die, auf gesetzliche Nothfristen freilich nicht anwendbare, Proceßregel: contumacia non accusata non nocet, geht auch von dem Rechtsgefühl aus, daß im Zweifel ein Versäumniß nicht anzunehmen ist.

20) Glück, in der Erl. d. Pand. nach Hellfeld. Thl. V. §. 433. S. 401. f. ibi all. not. 14. Mevius, in Decis. P. I. dec. 134. et 218. P. V. dec. 382.

21) Das subsidiarische Wesen der Restitution wird in der vorausgesetzten Lage eines ungewissen Streitpunktes kein Hinderniß werden. Vergl. Klien B. I. Abh. XVI. S. 213. d. Arch.